

LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL: ABUSO DE MERCADO Y CORRUPCIÓN. NUEVOS RIESGOS DE COMPLIANCE

Tras varios requerimientos por parte de la Unión Europea, se ha aprobado la LO 1/2019, de 20 de febrero, que traspone diferentes Directivas comunitarias, entre las que resultan sumamente relevantes la relativa al abuso de mercado -manipulación informativa y operativa- y la relativa a la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión -, además de cuestiones relativas al tráfico de órganos y de terrorismo.

A continuación, de forma sumamente sintética, analizamos las principales novedades en materia de mercados financieros y de corrupción, que deberán provocar relevantes cambios en los programas de *compliance* al haber llevado a cabo el legislador la modificación de los riesgos a prevenir, especialmente los relativos a mercados y malversación de caudales públicos, delito del que a partir de ahora también responderá la persona jurídica.

ABUSO DE MERCADO Y USO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA

Los aspectos más relevantes de la reforma en materia de abuso de mercado y de uso de información privilegiada, son el aumento de las penas de prisión que alcanzan los seis años de prisión, y la ampliación a supuestos que anteriormente permanecían en la vía administrativa, como son los casos de tentativa, expresamente señalados ahora en la Exposición de Motivos como posibles delitos relacionados con el mercado de valores.

Aspectos relevantes

- Abuso de mercado y uso de información privilegiada
- Corrupción privada
- Corrupción pública
- Funcionarios europeos a efectos penales
- Malversación de caudales públicos como delito de persona jurídica

ABUSO DE MERCADO (art. 284 CP)		
Manipulación informativa (art. 284.2 CP)	Se introduce la referencia específica a internet y otras tecnologías de la información y la comunicación, como ampliación de los supuestos que pueden ser constitutivos de delito.	<ul style="list-style-type: none"> • penas de prisión de seis meses a seis años • multa de dos a cinco años o del tanto al triple del beneficio obtenido o favorecido o de los perjuicios evitados • inhabilitación especial para intervenir en el mercado financiero como actor, agente o mediador o informador por tiempo de dos a cinco años.
Manipulación operativa (art. 284.3 CP)	Se elimina de la redacción la referencia a la utilización de información privilegiada, pudiendo cometerse ahora este delito se tenga información privilegiada o no.	

INFORMACIÓN PRIVILEGIADA (art. 285 CP)
<p>Se introduce una nueva redacción del precepto criminalizando la adquisición, transmisión o cesión de un instrumento financiero, o la cancelación o modificación de una orden, utilizando información privilegiada a la que se hubiese tenido acceso reservado.</p> <p>El acceso reservado a la información privilegiada lo tendrá el miembro de los órganos de administración, gestión o supervisión del emisor o del participante del mercado de derechos de emisión, quien participe en el capital del emisor o del participante del mercado de derechos de emisión, quien la conozca con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o en el desempeño de sus funciones, y quien la obtenga a través de una actividad delictiva.</p>

Con la anterior regulación, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, parecía claro que las cuantías que delimitaban la responsabilidad administrativa y la responsabilidad penal eran precisamente condiciones objetivas de punibilidad. Tras la reforma, debido fundamentalmente a la interpretación que se realiza por la Exposición de Motivos, los elementos delimitadores pasan a ser elementos típicos, lo que desde el punto de vista práctico significa que caben los supuestos de tentativa, que con la anterior regulación al igual que sucedía con el delito fiscal, quedaban fuera de la órbita del Derecho penal.

Los elementos delimitadores, según la nueva reforma, para los supuestos de manipulación operativa e informativa, serán los siguientes:

- a) Que el beneficio o el perjuicio provocado por la conducta fuera superior a doscientos cincuenta mil euros, salvo en el supuesto del uso de información privilegiada que se eleva a quinientos mil euros.
- b) Que el importe de los fondos empleados sea superior a dos millones de euros
- c) Que se cause un grave impacto en la integridad del mercado.

Además de lo anterior, establece un agravamiento de las penas que deberán imponerse en su mitad superior, para los casos en los que se dediquen de forma habitual a estas prácticas abusivas, que el beneficio o la pérdida sea de notoria importancia o que el responsable del hecho sea trabajador o empleado de una empresa de servicios de inversión, entidad de crédito, autoridad supervisora o reguladora, o entidad rectora de mercados regulados o centros de negociación.

ART. 285 BIS, TER Y QUÁTER

Castigan la prospección de mercado a través del uso de información privilegiada, que los instrumentos financieros podrán ser europeos y españoles, y que se castigarán también los actos preparatorios -provocación, proposición y conspiración.

Como consecuencia de la elevación de las penas a las personas físicas por los delitos de abuso de mercado y de uso de información privilegiada, también se modifican las penas a imponer a las personas jurídicas. Así, se prevé por el art. 288.2º a) CP la multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada. Además, se podrán imponer las penas previstas en el art. 33.7 CP, entre las que aparecen la disolución de la persona jurídica, la suspensión de sus actividades, la clausura de sus locales y establecimientos, la prohibición de realizar en el futuro las actividades en el contexto de las cuales se cometió el delito, la inhabilitación para obtener subvenciones o ayudas públicas y la intervención judicial.

CORRUPCIÓN PRIVADA

La reforma modifica únicamente la redacción del art. 286 bis CP en lo relativo a la inclusión además de las conductas ya previstas de recepción, solicitud o aceptación de beneficio o ventaja no justificados, el *ofrecimiento o promesa* de obtener para sí o para un tercero cualquier beneficio o ventaja no justificados.

CORRUPCIÓN PÚBLICA

Se introducen dos cambios que, de nuevo, amplían el ámbito de criminalización de determinadas conductas y, especialmente, en lo relativo a la consideración de funcionario público para determinadas personas dependientes de la Unión Europea (art. 427 d) CP), y posteriormente, la extensión de la responsabilidad penal de la persona jurídica en los delitos de malversación de caudales públicos (art. 435.5.º CP), lo que abre la puerta a una próxima reforma sobre los delitos de apropiación indebida y de gestión desleal en similar manera. Tras la reforma, el delito de malversación de caudales públicos pasa a formar parte del listado de delitos que provocan la responsabilidad penal de la persona jurídica, conforme al art. 31 bis CP.

- **Ampliación del concepto de funcionario europeo**

Lo relativo a los funcionarios públicos aparece reflejado en la inclusión del apartado d) del art. 427 CP, que dispone que "cualquier persona a la que se haya asignado y que esté ejerciendo una función de servicio público que consista en la gestión, en los Estados miembros o en terceros países, de intereses financieros de la Unión Europea o en tomar decisiones sobre esos intereses".

- **Malversación de caudales públicos como delito que puede cometer la persona jurídica**

Las anteriores modificaciones, resultan ciertamente relevantes para los programas de compliance, pues los riesgos detectados pueden haber variado debido al importante incremento de las penas, y especialmente en los supuestos de empresas que actúan en el sector público, sus riesgos han variado notablemente respecto al delito de malversación de caudales públicos, especialmente para las empresas que trabajan con instituciones y empresas públicas, más aún después de las últimas resoluciones del Tribunal Supremo en esta materia, que amplía notablemente el concepto de caudales públicos

CONTACTOS

Carlos Zabala
Counsel

T +34 91 590 7515
E carlos.zabala
@cliffordchance.com

Sonia Trendafilova
Asociado

T +34 91 590 4172
E sonia.trendafilova
@cliffordchance.com

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Paseo de la Castellana 110,
28046 Madrid, Spain

© Clifford Chance 2019

Clifford Chance, S.L.P.U.

Abu Dhabi • Amsterdam • Barcelona • Beijing •
Brussels • Bucharest • Casablanca • Dubai •
Düsseldorf • Frankfurt • Hong Kong • Istanbul •
London • Luxembourg • Madrid • Milan •
Moscow • Munich • Newcastle • New York •
Paris • Perth • Prague • Rome • São Paulo •
Seoul • Shanghai • Singapore • Sydney •
Tokyo • Warsaw • Washington, D.C.

Clifford Chance has a co-operation agreement
with Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm
in Riyadh.

Clifford Chance has a best friends relationship
with Redcliffe Partners in Ukraine.